

△翻 訳▽

ヨゼフ・エッサー『原則と規範』(三)

本稿は、JOSEF ESSER, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4. unveränderte Auflage (1990) の著者と出版社の承諾により、へ翻訳である。(但し、第一編四章までは 3. unveränderte Auflage, 1974 にあつた。)

米 山 隆(訳)

目 次

第一編 私法における普遍的な法原則の現象形態と法思想の現象形態

第一章 題目の限界と意味

第二章 法律学的な原理の力の場としての裁判官による法の形成(以上第一巻四号)

第三章 我々の問いかけの提起にとしての比較法の意味のために

第四章 普遍的法原理の概念と本性に関する暫定的仮定(以上第二巻四号及び第三巻一号)

第五章 実定的憲法原理の裁判官による法形成のための意味(第二巻二号)

第二編 法における原理の分類と類型決定の試み

第六章 狭義における法原理の類型(第三巻三三号)

第七章 法発見の原理

第八章 法原理・法的範及び法源の關係に関する普遍的なこと(以上第三巻四号及び第四巻一号)

第三編 法典化された私法の定立における法原理の役割と裁判官のつくった法における法原理の役割

第九章 法典化された民事法における原理と法規範(第四巻二・三・四号)

第十章 判例法における「原理と規則」(第五巻一・二号及び本号・未完)

S. 201

全く普遍的に、これら三つの意味の各々において原理というものはコモンローにおける一般的に承認された法伝達の形式であり、この形式に単なる公理と反対に実定的な、法的な確認の順位が帰属するのである。<sup>(20)</sup> このことが可能な先例の選択を決定することにより、解決の方向を述べるのである。<sup>(21)</sup> 規則をして最初から適切に選択せしめるいかなる解決処分も存在しない。このことは、殊に衝突する原理のもとで、裁判官による問題理解のために留保されたままである。しかし、このことは、この最初の熟慮が心理学的な考察者には充分に反省されていない観念の聯合としてあらわれるときでもまた優越する目的思想を通して適当な規則の選択をみちびくのである。実在学派はこの判断力の最初の行為に関する全論文を書いたのであり、この行為をこの学派は裁判官の「予感力」と名づけている。<sup>(22)</sup> さて、この謎にみちた「予感力」は法のすべてを秩序づけてゆく原理の領域において修練を通して取得された方向づけの感覚以外の何物でもなく、この原理はその現今の到達距離と機能に関し判断力と結びついている。そこから、事案は原理をあきらかにすることにすぎない、といわれることができるのは正しいことであり、<sup>(23)</sup> このことは、まずはじめにコモンロー法学家に耳なれないこととひびくのである。

したがって——その方に我々の熟考は動いてゆくのであるが——その場合原理それ自体は実定法ではないのであろうか、実際に「指針」にすぎないのであろうか、また、それは「法」ではないのであろうか。原理は、まさに大陸法におけると同様に、それが裁判官によって刻印される範囲において、また、それが立っていて動くことのない法の形相のなかで制度にふさわしく承認される範囲において実定法である。この題目は、實際的に、今日北アメリカ理論のなかにあるもの、また、Poundのお蔭で、裁判制度においても共通財産であるところのものに相当する。そこでは原理は「道德の特定の教へ自体と同様に權威を持っており、この教へは法的理由づけの出発点、あの理由づけの過程、また、我々が解説と適用と呼ぶところの全経過を、じつにしばしば、決定する」<sup>(24)</sup>。ついでながら、CARDOZO においても同様に、我々は、法的原理は EUGEN EHRICH の規範理論の意義において固有の法規範であるという文言化、規則は反対に「決定規範」であるという文言化さえ発見するのである。<sup>(25)</sup> 彼はこの基本的内容によって支えられた話題のなかで Pollock のことばを引用するのである。すなわち、「司法の權威は使用されている正確なことばに属するのではなく、与えられているすべての理由にさえ属するのではなくして、決定のために必要な事由として承認され、あるいは適用された原理に属するにすぎない」<sup>(26)</sup>。これは最終的な明白性のあることばである。ところが、Pollock がここで「原理」という専門用語を

「規則」と同意語的に使用したかどうかということが問われるかも知れないし、このことは注意深い筆のなかにも混れこんでいるのである。なぜかといえばまさにイギリスの解釈学説はそれ以外の場合に注的權威の限界をより狭く区切ること、また、原理を「確立した規則」へ具体的に仕上げることなくして指針として通用させることの上に価値をおくからである。<sup>(20)</sup>しかし Pollock は、じつに、規則のなかにはいりこんでいる規範的に有効な、すなわち教義学的な原理の意義において「決定のために必要な事由」についてこそ語るのである。さて、このような実質的な原理はじつに以前からコモンローの一部として承認され、また前提とされた。<sup>(21)</sup>KENT<sup>(22)</sup>によればコモンローは原理、慣行と規則から成立しているものであり……「これらはそれらの權威のために明文の制定法あるいは実定の制定法あるいはその他の書かれた宣言に依拠するのではなくして、裁判所の決定にみられるステイトメントあるいは原理に依拠するのである」。<sup>(23)</sup>KENT は、コモンローは単純な「不正な損害を修復すること」、あるいは「不法に対する保護のなかにあるのではないということ、反対に、それは広汎にして包括的な書かれていない原理が具体的に体现されたものである……」ということを強調する。さらにより強いのは、既に述べたように、北アメリカ法律学における実定の法集団の一部としてこの原理を承認することである。<sup>(24)</sup>解釈学説と格率を純粹に手工業的に見ようみまねで体得して利用する時代は去ったことはもちろんである。解釈学的要素の要点は文言化された法概念自体のなかに横たわっている。<sup>(25)</sup>法曹法と民衆法との間の闘争はもはや BLACKSTONE において目に見える格率と慣習との敵対を反映していない。一七世紀の格率をよるこんで愛好することについても啓蒙思潮の型が衰滅したのちに単に色あせた職業的慣習が残ったままであり、また、今日なおイギリス法において「格率」は好んで「原理」と「規則」と混同されて使われているという奇妙なことが残ったままである。<sup>(26)</sup>

S. 203  
今日のコモン・ロー法律家は、先例の証明を必要とすることなく、<sup>(27)</sup>法的權威の順位を持っている一連の格率をやはり知っていることはもちろんである。しかしこれらの格率はもはや理性法的な真理ではなくして、<sup>(28)</sup>伝統的に承認された格言である。それゆえ、今なお「確立された格率」が語られるけれども、同じく確立された規則と確立された慣習についても語られるのであり、各々のそのように伝承された原理は具体的にその今日的な経験的な形態がさがされるのである。格率は実務のために指導してゆく原則の意味を<sup>(29)</sup>真正の原理よりもより多く持っているのであり、また、格率は判例集や判例彙輯のなかにもただそれ自体としてのみ使われている。<sup>(30)</sup>それが持つ説得力はきまり文句のなかに横たわっているというその到達範囲はいまだ未決定である。それゆえ判決理由づけ

S. 204

の出発点としての格率が好まれているかどうか未決定である。何が真実においてそれでもって新しく取得されるかということを持たず法律家自身だけが知っているにすぎない。このようにして、CARDOSO の有名な判決は「意思は損害をつくらない。このようなスポーツに参加する人は危険があきらかであり、また、必然的であるかぎりそのスポーツに本質的に由来する危険を受け容れるのである」という導入を持つていて明らかに文言化された「自己の危険にもとづく行為」の原則を始めるのである。<sup>(287)</sup>

ローマの格率の内容はここで認識されうように最も現代的意義において精細化され、また、変遷しているが、しかしその伝統的な形式は依然として説得力のあるままである。原則をまずはじめに述べることは尺度（義務の、注意の、責任の尺度）のみが問題になる場合既にこの効果を持つことができ、この尺度は変らないままに存続している判例がつくりだしたものである。大陸法もまたこの——しばしば真に誇張された——固定している「実務」を強調することを知っている。判例法においてその場合「裁判所の解釈学説」について語られ、それでもって当該裁判所の実際における規則の特殊な原理内容が強調される。「この裁判所の確立された解釈学説は電報会社の責任を Hadley v. Baxendale (9 Exch. Rep 341) における規則の制限内において電文を送信する失敗に限定している。」<sup>(288)</sup> 判決はこのような事業においてあのリーディングケースの権威にもとづくことは少なくともして、自律的な解説実務にもとづくのであり、この実務をもって判決してゆく裁判所はこの規則を物的また建設的観点において適用するのである。

「Hadley v. Baxendale のための鍵は、我々が法の概念としての因果関係の相対性を心にとどないとするならば、失われるのである。」<sup>(289)</sup> 我々は、それゆえ、「解釈学説」という概念をここで伝統的に理解する必要はないのであって、今日的に、裁判所の特定の今日の実際の統御してゆく尺度または原則として理解しなければならぬ。したがって解釈学説というこの概念はこの学説によって牛耳られている規則と同一化されがちであり、また、人々は「事案の解釈学説」について語るのである。<sup>(290)</sup>

同様に、たとえゆるやかなリズムにおいてであるとしても、コモンローのなかで考えられぬほど古い古参性を所持している解釈学説もまた判決実際とともにその内容を変更する。例えば「上級者が責任を負う」という原理は一八六七年以来履行補助者責任の「取り消されられない」基礎であり、しかも、この基礎はそれ以来大陸法の意義における最も驚くべき変革と法律要件をより細かくすることを体験したということとはくされないのである。<sup>(291)</sup> 絶えず進歩する司法自体におけると異なつて、どこで人々は原理の「真の形態」を見るべきであらうか、この原理のために言うまでもなくまたリスティメントは教説のきまり文句と理性的な

S. 205

ものを取りそろえてアカデミーシユな選択を呈供しているのである。<sup>(292)</sup>しかしまさにそこから判決宣言の継続して増大してゆく意味があらかになるのである。この判決宣言からそのおりりの原理の立っている状態が読みとられる。あの所謂いつも変らない原理に関する従来の見方をもって分析説明することはじつに形式的には「判決宣言」であるにすぎないのであり、それは一般的熟考にその際関係するものである。<sup>(293)</sup>これらの熟考こそ指針を与える判断において裁判官による作業の中心となる部分であり、それらが技芸的に事案の取扱いにおいてつむぎこまれる場合にもまたその原則的性格を否定しない。Cardozo の若干の有名な判決宣言はこのことに光をあててあらかにするのを好み、また判決宣言の否定されることのできない価値を示すことを好むのであり、この価値をじつにC. は懷疑的な眼をもって考察した。すなわち、「私が世界のすべての人々の信仰を判決宣言のなかへ入れるべきであるとするならば、それらの人々につき如何に判断するかは私にとって多くの謎であるということに私は責任を負う」と。

S. 206

私は最初の事案として刑法の事案をとりだすのであり、ここで Cardozo は、犯罪から得られる理由のあきらかでない果実は被告人に行爲の徴表としてその負担に帰するという証明規則から証拠の規則としてのその古い意味をとり去るのである。<sup>(294)</sup>彼は——その「判決宣言」においてすべてのこと——正犯か共犯かの問いかけは相変らず訴の代表者の負担になつて未解決のままにとどまつていゝというのであり、彼は、さらに法的推定と事実的徴表の区別を適法な債務推定に反対するすべての推論をもつて發展させるのであり、要するに、彼の判決宣言は根源的法原則の根源的展開であり、この法原則は古い規則の、普遍的、包括的な法律要件から出発するのではなくして、できるだけ多くの特殊的法律要件から出発するカズイスティックな法発見の方法を通して従来からかくされていた。これは継続的な変らない意味であり——またこの意味こそ「拘束的でない」といふべきであつた？。

第二の事例は宗教的自由に対する衛生学的また医療的利益の限界づけの原則的な問いかけに関するものである。<sup>(295)</sup>具体的に決定されるべき訴訟動機、すなわち、加持祈禱を認可を必要とする職業の許るされない従事としてみられるべきであるかどうかということとは古いコモロー規則の意義と限界との原則的分割を要求した。したがって、「精神を通しての治癒」のことを信ずる宗派の宗教的な実践（キリスト教学など）は医療的な治療独占に衝突しないという先例拘束の原則が存在するように思われた。Cardozo は真にソロモン王のように賢明な、また同時に近代的な決定をいいあてているのであり、この決定はその原則性において「判決宣言」であり、しかも避けることのできない説得力を持っているのである。規則、すなわち、「法は祈ることだけによる牧師の職の

許可証を強要しない」ということは単に真正の宗教的行為のためにのみ正鵠をえているのであり、この行為のもとで病人は信仰に服することを通して助けられるが、宗教的に変装された精神療法の形式では助けられないのであり、この療法のもとで病人は信者として協働するのではなくして、患者として暗示力の対象を与えるのである。<sup>(297)</sup>

しかし、一つの解釈学説の原則的發展形成を持つ判決宣言の力のための最も開示に富む事例は疑いなく Mac Pherson v. Buick Motor Co. の有名な事案である。<sup>(298)</sup>トラック製造業者とその履行補助者の、単に商人とのみ契約に立っている買い手に対する事故損害のための責任の基礎が問題であり、この損害は信頼できる第三の製造からでている一連の車輪の瑕疵ある状態によるものである。より多くの先例系列が存立しているのであり、これは「危険な」物を「取引にもたらずこと」に責任を負わせるのであるが、<sup>(299)</sup>しかし、それは——我々のこの問題のための司法裁判におけると同様に——責任を牛耳っている原理のあきらかな文言化であり、また、原理を限界づける帰責の要素（相当性、過責、危険引受）のあきらかな文言化であるということが欠如しているのである。

S. 207  
Cardozo はそれ以来承認されたこのきまり文句を広くもなく、狭くもなく次のように与えているのである。それは特定の事象からの可能であるのみならず、蓋然性のある第三者の危険を知ることとはこの危険を牛耳る人を積極的に決定的影響を及ぼすように義務づけるので、この注意義務の侵害は過失であるということである。「恐らく損害の原因であるべき結果の予見は関与する義務をつくりだすことを含む」というこの原理はその合理的な文言化において新しく、また、判決が本来はたしてきたものであり、ここでいう判決は長い間の、一步一步の、また、管理されなかった Kasulich、普遍的、包括的な法律要件からではなくして、特殊なできうるだけ多くの個々の事案を規律する法律要件から出発する法発見の方法を振りかえって見るのである。<sup>(300)</sup>この特殊なことの底荷から解放されて、また、この一般的にゆきわたった問題に集中されて、Thomas v. Winchester (1852) の古い規則、「結果の予見は義務の創造を含む」ということは新しい、時間に拘束されない、まさに原理的な意味を持っている。その意味は、抽象的に、取引保障義務の理論として登場するのではないことはもちろんであるが、工場主の直接的な購買人以外の他の工場主の関係における古い規則の統合として登場するのであり、また、それにもかかわらず取引保障の全制度をそのかぎりで実定法として固定するのである。

我々は、「原理」は「規則」ではなく、先例の固有の本質的部分であるということを確認しなければならぬ。<sup>(301)</sup>原理はまずじ

めに前決定の選択を決定するのであり、この前決定のなかに求められた、また、変遷可能な規則が「発見されるのである」。先例は一般的に拘束的でないことはもちろんであるが、先例のなかに求め、また、承認する問題性<sup>(92)</sup>に<sup>(93)</sup>とつてのみ拘束的である。「何についての先例であるか」という最初の問いかけこそ共通の原理に関する了解を前提とする。先在する規則の変遷は、原理それ自体が全部または一部犠牲にされることはじめて開かれた「優位なもの」となるのである。<sup>(94)</sup>

(10) Vgl. KOCOURER a. a. O. 461

(11) Statt aller: CARDOZO (N III 229) 21 ff. mit anschaulichen Beispielen.

(12) Vgl. HUTCHINSON in Recueil Gény II, 549.

(13) BRUTAU (N. I 41) 209. 210 ff. RAMOS (N. II 146) I 4345 ff. ROBINSON, Law and the Lawyers (1937) を指示している。

そのことには誤解を恐れずともいふべきであり、また HOLDWORTH (Some Lessons from Legal History [1928] 17) によれば説明やれてゐるよう Lord MANSFIELD に帰してゆく。「法律は特殊な事案で構成されてゐるのではなくして、一般の原理からできており、この原理はそれらの事案によって明らかたされ、また、説明される。」

(14) POUND (N. I 41) 11.

(15) Soziologie des Rechts, 366ff.

(16) (N. III 189) 104 (= Select Writings, 150).

(17) New York State Bar Address (1932) in Select Writings, 33.

(18) Vgl. LLOYD (N. III 195): 「このやうな原理は法律という規則自体にとって全く外部的な (!) ものであることはもちろんであり、これらの原理は疑いなく「非合理的な」あるいは純粹に「情意的な性質の他の要因と混合されることを欲している。」

(19) Commentaries, 471.

(20) Vgl. POUND (N. I 41).

(21) したがって POUND a. a. O. はロモン・ローの「一群の権威ある資料」はロモン・ローの指示とこの指示の形式のまさにそのような「権威的な段階づけ」がなくしては理解されなむということを強調している。これらの決定を形成してゆく秩序要素のもとで彼は整合的に、規則—原理—法概念—解釈学説と基準を区別している。その際、彼は、第一に「概念形成の規範的意味をきわだたせている。」「解釈学説的な概念の発展は、形式のヒールハイがどうあろうとも、実務において、決定の有意味的な基礎である」(S. 15)。類似の、また、ひとしい価値のあるカ

テロリー形成に人々はそれ以来他の個別でも出会わしてゐる。vgl. KOCOUREK (N. III 232); MARSH (N. III 191); FRIEDMANN (N. I 83) 287; STONE, *The Common Law in the U. S.*, in: "The Future of Common Law" (1937) 131, u, a, m, Näheres zur Rolle des legal concept unten in Abschnitt 5.

(287) 例へば BACONS "Maxims of the Law", Speedings' edition, VII, 322, zit. nach JOLOWICZ (N. II 47) 215<sub>2</sub> における開始。

(288) Vgl. JOLOWICZ a. a. O. Einzelnes unten in Abschn. 6 dieses Kapitels.

(289) 「各々の格率はそれ自体について充分な権威である」 JOLOWICZ a. a. O.

(285) COKE LITTLETON, zit. nach JOLOWICZ 215<sub>2</sub> 同様である。「格率は証明、論拠、あるいは議論なくして知らされ、また承認されたすべての人々に関してあるべき前提である。第一の基本命題を否定することに対しては議論の余地はない」。今日、今なお「自然的正義」と「モンセンヌ」のような概念が類似的の終極的役割を演んじているが、しかし、もはや格率と学理の形態において演んじているのではない。Vgl. SALMOND (N. III 232) 376 (389). 自然法時代において「知性ある理性の公理」「axioms of intelligent reason」がイギリスの母法の規則と解釈学説に対立して北アメリカの実践の重要な後権を形成してゐる。vgl. die Beispiele bei WENGLER (N. III 183a) 58 とは、この時代において、ことに新世界において、コモンローもまた単に「理性の完成」としてのみ通用したので、先駆者の国家の自然法観に対立した解釈学説ははじめから「不正な、また、弁護して防ぐ余地のない」ものとして分離した。

(286) 格率のこの主たる役割のために vgl. etwa die Darstellung in 1 Am. Jur. 423, Actions § 29, ad vocem "De minimis non curat lex."

(287) Murphy v. Steeplechase Amusement Co. Inc., 250 N. Y. 479 (1929). CARDOZO はたまた再び具体的に、また、具象的—民俗的に。"The antics of the clown are not the places of the cloistered cleric. The plaintiff was not seeking retreat for meditation." (道化師のあつた振舞ひは修道所で訓練された聖職者 (cleric) の誤りではなからうか——訳者——) の場所ではない。原告は瞑想のためにひきこもることを求めつゝあつたのではなかった。

(288) CARDOZO in Kerr S. S. Co v. Radio Corp. of America, 245 N. Y. 284 (1927).

(289) その間に変えられた法律学的理論と洞察からの「冷たい」支配のためのよき事例。

(290) Vgl. WENGLER a. a. O. 58.

(291) Vgl. NEUNER, Respondent Superior in the Light of Comparative Law: 4 Louis. L. Rev. (1941) 1.

(292) Vgl. Restatement of the Law of Torts II (1934) (Suppl. 1948) Chapt. 15 §§409 bis 429, Rationale 1: 特殊な課題を持つ労働集団の枠内における従属的被傭者のための完全な責任、また、具体的な委任を越えての被傭者のための完全な責任。独立的契約者のためのいかな



る責任もない。ただし、次の場合は除く。(a)、与えられた指示をまもっている際には、完全な責任、(b)、危険な、あるいは事業主によって個人的に債務を負わされた仕事を遂行している際には、選任することにおける過失のための責任、(c)、取引設備、土地設備及び営業設備を保持する際には(取引安全義務)、保管することにおける過失のための責任、殊に個々の事案における個人的管理のための責任(我々の組織義務を参照せよ)、(d)、第三者のための危険をおのずから伴う労働の際には、配置することと保護することにおける過失のための責任、(e)、土地の上で取引を開く際、土地の上で働く各々の人、あるいは設備をうごかしている各々の人のための追加的責任、それは、合理的な安全な設備、あるいは方法の使用を確保するための各々の人の合理的な配慮に関してであり、いいかえれば「履行補助者」のための追加的責任と同じである(我々の判例を参照せよ)。我々はここで絶対的に閉じられて働いている体系を我々の前に持つのであり、この体系は自己の過失のための責任の事案と他人の過失のための責任の事案を教材的に分離する(Topics 1 and 2)。後者には、全く大陸的な思考方式によれば、固有の履行補助者、いいかえれば、「到達させることが雇主の義務である結果に到達するために」使用する人々が数えられるが、しかしまた労働の際の、また、施設に關してのすべての補助者も数えられるのであり、これらの人々は取引、土地の正統な使用者(「招かれた者」)また隣人のために適当な備えなくして危険をかくすのである。正確に限界づけられた「重大な危険」をともなっている「極端に危険な行為」のために、また保護法に対する違反の際特邑の絶対的な補助者責任が存立する。同様に、委託された仕事を行うに「際して」惹起された損害は、「固有の危険な仕事」が問題であるか、あるいはそうでないかにしたがって区別して分けられる。「上級者責任」の原型とこの体系はただわずかに象徴的に関連を持っている。

(293) Vgl. OLIPHANT (N. III 199) 71.

(294) The Paradoxes of the Legal Science (N. I 172).

(295) People v. Galbo, 218 N. Y. 283 (1916).

(296) People v. Vogelgesang, 221 N. Y. 290 (1917).

(297) 「宗教の信仰宣言と実践はそれ自体において救済でなければならぬ」。Vogelgesang はしかしながらやはり「害のない」、精神事象を支えてゆく薬を授与した。そのために CARDOSO は魔法のことばが砒素の必要な服用によって強められるならば、それは羊の群全部を絶滅させることができるという Voltaire のことばを引用する。

(298) 217 N. Y. 382 (1916).

(299) LEVI (N. III 187) はこれらのことを彼が事案から事案への理由づけを述べることの出发点としている。

(300) Vgl. die Darstellung bei LEVI a. a. O.

(301) So schon ALLAN, Law in the Making (1927) 159.

(302) STOLJAR (N. I 84) 187.

- (303) 「それらはどんな原理を含むか」ということを STOLJAR (S. 188) は、「いかなる問いかけの範囲のために規則は規準であるか」という意義において問いかけている。原理の到達範囲があまりかであるときはじめて、「規則をつくること」の手統ははじまることができる。同じ意義において CARDZO は、先例はつねに普遍的法思想の表現であり、この法思想は先例をむすびつけると言っている。この思想だけが一聯の先例を決定する。Vgl. (N. III 189) 142 ff.
- (304) CARDZO a. a. O. 150. 158.